

**Stellungnahme zum  
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1)  
– Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 21. April 2010 –**

**I. Der eingebrachte Antrag auf Änderung der Verfassung**

Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme ist ein Gesetzentwurf zur Änderung des Grundgesetzes, den zunächst die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im November 2009 in den Deutschen Bundestag eingebracht hat<sup>1</sup> und dem sich inhaltsgleiche Parallelentwürfe der Fraktion der SPD<sup>2</sup> und der Fraktion DIE LINKE<sup>3</sup> angeschlossen haben. Der Entwurf sieht vor, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wie folgt zu ändern:

*Hinter „wegen seines Geschlechtes,“ werden die Wörter „seiner sexuellen Identität,“ eingefügt.*

**II. Schutz der sexuellen Identität de lege lata**

Die sexuelle Identität erfährt bereits im geltenden Recht umfangreichen Schutz, freilich auf verschiedenen Regelungsebenen und mit unterschiedlichen Regelungsansätzen.

---

<sup>1</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) v. 27. 11. 2009, BT-Drs. 17/88.

<sup>2</sup> Entwurf eines . . . Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) v. 15. 12. 2009, BT-Drs. 17/254.

<sup>3</sup> Entwurf eines . . . Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) v. 20. 1. 2010, BT-Drs. 17/472.

## 1. Völker- und europarechtlicher Schutz der sexuellen Identität

Die sexuelle Selbstbestimmung – die sexuelle Ausrichtung (z. B. Homosexualität) eingeschlossen – ist regionalvölkerrechtlich als Bestandteil des Privatlebens im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt.<sup>4</sup> Ein generelles Verbot homosexueller Handlungen, das allein mit der öffentlichen Moral begründet werden kann, hat der EGMR gemessen an den Schranken des Art. 8 Abs. 2 EMRK als nicht gerechtfertigt erachtet.<sup>5</sup> Gleiches gilt ohne schwerwiegende Gründe für Benachteiligungen bei der Beschäftigung im öffentlichen Dienst aufgrund der sexuellen Orientierung.<sup>6</sup>

Art. 10 AEUV verpflichtet die Union darauf, bei der Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen Diskriminierungen aus Gründen der „sexuellen Ausrichtung“ zu bekämpfen. Die Vorschrift enthält allerdings kein unmittelbar für die mitgliedstaatlichen Behörden verbindliches Diskriminierungsverbot,<sup>7</sup> sondern ist als Querschnittsklausel ein Handlungsauftrag an die Union. Sekundärrechtlich verpflichtet aber Art. 1 EG-Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG<sup>8</sup> die Mitgliedstaaten zu Schutz vor Diskriminierungen wegen der „sexuellen Ausrichtung“. Der EuGH hat in seiner Entscheidung in der Rechtssache Maruko, die den Ausschluss von Lebenspartnern aus der sozialversicherungsrechtlichen Witwerversorgung betraf, hieraus weitreichende Konsequenzen im Hinblick auf die Gleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften formuliert: Da das deutsche Familienrecht die rechtlichen Bedingungen der Lebenspartnerschaft „schrittweise denen der Ehe angenähert“ habe, stehe die EG-Gleichbehandlungsrichtlinie einer Benachteiligung bei der Leistungsgewährung daher jedenfalls dann entgegen, wenn die versorgungsrechtliche Situation der gleichgeschlechtlichen Lebenspartner derjenigen vergleichbar sei, in der sich verheiratete Leistungsberechtigte befänden.<sup>9</sup> Auch wenn bislang nicht im Einzelnen geklärt ist, in welchen Fällen eine Vergleichbarkeit der rechtlich erfassten Lebenssituation in diesem Sinne zu bejahen ist und inwiefern die verfassungsrechtliche Wertung des Art. 6 Abs. 1 GG grundsätzlich gegen eine Vergleichbarkeit angeführt werden kann,<sup>10</sup> unterliegen verbleibende Differenzierungen im deutschen Recht jedenfalls europarechtlich erhöhten Rechtfertigungsanforderungen.

Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta verbietet ebenfalls Diskriminierungen insbesondere wegen der „sexuellen Ausrichtung“. Dieses Diskriminierungsverbot gilt ausweislich Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-Grundrechtecharta für die Mitgliedstaaten nur, soweit diese das Recht der Union durchführen.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. (2009), § 22, Rn. 8, 25.

<sup>5</sup> EGMR, Urt. v. 22. 10. 1981, Nr. 7525/76 (Dudgeon/Vereinigtes Königreich), EuGRZ 1983, S. 488, Rn. 60 ff.; Urt. v. 26. 10. 1988, Nr. 10581/83 (Norris/IRL), EuGRZ 1992, S. 477, Rn. 44 ff.; Grabenwarter (Fn. 4), § 22, Rn. 36.

<sup>6</sup> EGMR, Urt. v. 27. 9. 1999, Nr. 33985/96 (Smith and Grady/Vereinigtes Königreich), NJW 2000, S. 2089, Rn. 89 ff.

<sup>7</sup> Dies galt gleichermaßen für die als Ermächtigung gefasste Bestimmung des Art. 13 EGV a. F., vgl. Rudolf Streinz, in: ders. (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 13 EGV, Rn. 17.

<sup>8</sup> Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303, S. 16).

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 1. 4. 2008 – C-267/06 (Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen), Slg 2008, I-1757, Rn. 67, 73.

<sup>10</sup> Siehe hierfür mit Recht BVerfG-K, NJW 2008, S. 209 ff.; ZBR 2008, S. 379 ff.; BVerwG, ZBR 2008, S. 381 ff.; Martin Franzen, Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartner mit Ehepartnern bei der Hinterbliebenenversorgung, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2009, S. 395 (403).

<sup>11</sup> Die Frage, ob dies auch Handeln der Mitgliedstaaten lediglich im Anwendungsbereich des Unionsrechts umfasst, ist umstritten, wird aber im Hinblick auf den Status quo ante wohl zu bejahen sein, vgl. Carsten Nowak, in: F. Sebastian M. Heselhaus (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 6, Rn. 44 ff.

## 2. Verfassungsrechtlicher Schutz der sexuellen Identität

Die Sexualität ist Teil der menschlichen Individualität und insoweit vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt.<sup>12</sup> Eingriffe in diesem Bereich wirken sich in erheblichem Maße auf die individuelle Persönlichkeitsentfaltung aus und sind daher nur beim Vorliegen besonderer öffentlicher Belange zu rechtfertigen.<sup>13</sup> Das bloße Haben einer bestimmten sexuellen Identität ist (wie auch das Haben einer bestimmten Gesinnung) als „inneres“ Persönlichkeitsmerkmal mangels sozialer Relevanz dem staatlichen Zugriff generell entzogen. Ein öffentliches Interesse, das Einschränkungen rechtfertigt, kann überhaupt erst dann entstehen, wenn sich eine sexuelle Orientierung auch in sexuellem Verhalten niederschlägt und hierdurch soziale Relevanz erlangt. Anknüpfungspunkte etwaiger staatlicher Freiheitseingriffe wären auch hier allein verhaltensbedingte Konflikte, namentlich Gefährdungen von Rechtsgütern Dritter. Ingesamt besteht also bereits durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein umfangreicher und intensiver Schutz einer weit verstandenen sexuellen Identität gegenüber Beeinträchtigungen. Straftatbestände wie § 175 StGB a. F. wären heute – anders als vom BVerfG 1957 unter den seinerzeit vorherrschenden gesellschaftlichen Wertmaßstäben angenommen<sup>14</sup> – fraglos als unverhältnismäßig anzusehen.

Ferner schützt der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vor Ungleichbehandlungen, sofern diese nicht sachlich zu rechtfertigen sind. Eine sachliche Rechtfertigung *unmittelbarer* Benachteiligungen wird schon deshalb nur ausnahmsweise gelingen, weil die – dem Staat ohnehin meist unbekannt bleibende und auch nicht zu offenbarende – sexuelle Identität in der Regel keine sinnvolle Begründung für Differenzierungen bildet. Etwas anderes gilt allerdings für *mittelbare* Benachteiligungen der sexuellen Identität, da das geltende Recht verschiedentlich Vorzüge oder Leistungen an die durch Art. 6 Abs. 1 GG besonders geschützte Ehe anknüpft, nicht aber gleichermaßen auch an die typischerweise von gleichgeschlechtlich orientierten Menschen genutzte Lebenspartnerschaft. Das Bundesverfassungsgericht zieht auch hier – nachdem es vorübergehend zurückhaltend war<sup>15</sup> – den Differenzierungsmöglichkeiten des Gesetzgebers enge Grenzen. Es sieht bereits jetzt die sexuelle Orientierung als qualifiziertes Persönlichkeitsmerkmal an, das mit den in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten Merkmalen vergleichbar und daher nur aus besonderen Gründen verfassungskonformen Differenzierungen zugänglich sei.<sup>16</sup> Die Bedeutung des besonderen Schutzes der Ehe durch Art. 6 Abs. 1 GG als Differenzierungsgrund relativiert das Bundesverfassungsgericht dahingehend, dass der „bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe“ Differenzierungen dann nicht rechtfertige, wenn hierdurch andere Lebensformen (konkret: gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften) ohne Sachgründe von hinreichendem Gewicht benachteiligt würden.<sup>17</sup> Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, besteht faktisch schon heute ein Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG entsprechender Schutz der sexuellen Orientierung.<sup>18</sup>

Ein Benachteiligungsverbot wegen der sexuellen Identität hat schließlich seit der Wiedervereinigung in einigen Bundesländern Eingang in das Landesverfassungsrecht gefunden (vgl.

<sup>12</sup> Etwa BVerfGE 121, 175 (191 f.); BVerfG-K, NJW 1997, S. 1632 (1633); *Matthias Cornils*, Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen, ZJS 2009, S. 85 (85); *Christine Hohmann-Dennhardt*, Gleichheit nur für Heteros? Keine Diskriminierung wegen der „sexuellen Identität“, KJ 2009, Beiheft 1, S. 125 (127).

<sup>13</sup> BVerfGE 121, 175 (192 ff.).

<sup>14</sup> BVerfGE 6, 389 (420 ff.).

<sup>15</sup> BVerfG-K, NJW 2008, S. 209 (210); ZBR 2008, S. 379 (381); ebenso ferner BVerwG, ZBR 2008, S. 381 (382).

<sup>16</sup> BVerfG, JZ 2010, S. 37 (38).

<sup>17</sup> BVerfG, JZ 2010, S. 37 (40).

<sup>18</sup> Kritisch *Christian Hillgruber*, Anmerkung, JZ 2010, S. 41 (43).

Art. 10 Abs. 2 BerlVerf; Art. 12 Abs. 2 BbgVerf; Art. 2 Abs. 2 BremVerf). Unter sexueller Identität wird hier das geschlechtliche Selbstverständnis der Grundrechtsträger verstanden.<sup>19</sup> Art. 2 Abs. 3 ThürVerf verwendet das Merkmal der „sexuellen Orientierung“. Inhaltlich dürfte damit jedenfalls nach der Regelungsintention des Verfassungsgebers keine abweichende Sinngebung verbunden sein.

### 3. Einfachgesetzlicher Schutz

Der wichtigste Schutz vor Benachteiligungen wegen der sexuellen Identität wird auf einfachgesetzlicher Regelungsebene durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)<sup>20</sup> gewährleistet, das sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen verbietet (vgl. §§ 1, 3 AGG). Sexuelle Identität soll hier gleichbedeutend sein mit der sexuellen Ausrichtung im Sinne der EG-Gleichbehandlungsrichtlinie und auch das sexuelle Verhalten erfassen.<sup>21</sup> Zumindest missverständlich ist in diesem Zusammenhang das Postulat, dass sich der Staat bislang selbst das Recht vorbehalte, wegen der sexuellen Identität zu diskriminieren, während er gegenüber entsprechenden Benachteiligungen, die von Privaten ausgehen, durch das AGG Schutz gewähre.<sup>22</sup> Das AGG erfasst sämtliche Benachteiligungen in seinem Anwendungsbereich, gleich ob diese von Privaten oder von dem Staat zurechenbaren Akteuren ausgehen (vgl. §§ 2, 6 AGG). Das AGG gilt darüber hinaus auch für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (§ 24 AGG).<sup>23</sup> Eine Schutzasymmetrie besteht insoweit gerade nicht. Der Staat hat bislang lediglich darauf verzichtet, einen § 1 AGG entsprechenden Schutz in Bezug auf die sexuelle Identität auch mit einer verfassungsrechtlichen Armierung zu versehen.

Betriebsverfassungsrechtlich sind nach § 75 BetrVG<sup>24</sup> Arbeitgeber und Betriebsrat verpflichtet, darüber zu wachen, dass keine betriebsangehörige Person wegen ihrer sexuellen Identität benachteiligt wird. Im Beamtenrecht finden sich schließlich einfachgesetzliche Differenzierungsverbote. Beamtenrechtlich ergeht eine Auswahlentscheidung nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf die sexuelle Identität (§ 9 Satz 1 BBG für Bundesbeamte; § 9 BeamStG für Landesbeamte),<sup>25</sup> was freilich rein deklaratorisch ist, da bereits Art. 33 Abs. 2 GG im Interesse der Chancengleichheit allein die genannten positiven Auswahlkriterien zulässt,<sup>26</sup> mithin andere Kriterien wie z. B. die sexuelle Identität als unzulässig ausschließt.<sup>27</sup> Damit ist jedenfalls der wichtigste Bereich möglicher Benachteiligungen im öffentlichen Dienst, nämlich bei der Einstellung und der Beförderung, er-

<sup>19</sup> Hans-Joachim Driehaus, in: ders. (Hrsg.), Verfassung von Berlin, 2002, Art. 10, Rn. 13; Karl-Josef Stöhr, in: Gero Pfennig/Manfred J. Neumann (Hrsg.), Verfassung von Berlin, 3. Aufl. (2000), Art. 10, Rn. 16.

<sup>20</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz v. 14. 8. 2006 (BGBl. I S. 1897), das zuletzt durch Art. 15 Abs. 66 des Gesetzes v. 5. 2. 2009 (BGBl. I S. 160) geändert worden ist.

<sup>21</sup> Sebastian Rohloff, in: Christian Rolfs/Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Peter Udsching (Hrsg.), Arbeitsrecht, 2009, § 1 AGG, Rn. 9.

<sup>22</sup> BT-Drs. 17/88, S. 4.

<sup>23</sup> Siehe hierzu im Einzelnen Gregor Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 125 ff.

<sup>24</sup> Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 25. 9. 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Art. 9 des Gesetzes v. 29. 7. 2009 (BGBl. I S. 2424) geändert worden ist.

<sup>25</sup> Diese Regelung richtet sich in erster Linie gegen Ungleichbehandlungen Homosexueller (Andreas Reich, BeamStG, 2009, § 9, Rn. 20), was indes eine Anwendung auf andere Ausdrucksformen sexueller Identität (z. B. Transsexualität) nicht ausschließt.

<sup>26</sup> Vgl. Ulrich Battis, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2009), Art. 33, Rn. 19.

<sup>27</sup> Vgl. nur Johannes Masing, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. (2006), Art. 33, Rn. 46. Die frühere gegenläufige Rechtsprechung für den militärischen Bereich ist zum einen schon nicht der Verallgemeinerung zugänglich und zum anderen heute schon aufgrund der gegenläufigen Rechtsprechung des EGMR überholt. Vgl. noch BVerwGE 86, 355 (356); BVerwG, NVwZ-RR 1998, 244 f.

fasst. Auf bestehende *gesetzliche* Differenzierungen namentlich im Besoldungs-, Versorgungs- und Beihilferecht zwischen Ehe einerseits und Lebenspartnerschaft andererseits hat dies allerdings keinen Einfluss.

### III. Die Bewertung des Vorhabens

Die beantragte Verfassungsänderung ist gemessen an Art. 79 GG verfassungsrechtlich durchführbar, sofern sie die entsprechenden Mehrheiten findet. Daher kommt es allein darauf an, ob sie hinsichtlich ihrer zu erwartenden rechtlichen Auswirkungen sachgerecht ist.

#### 1. Mögliche Regelungsziele eines verfassungsrechtlichen Benachteiligungsschutzes

Es hat sich gezeigt, dass die sexuelle Identität durch ein Geflecht verschiedener Schutzbestimmungen auf unterschiedlichen Regelungsebenen schon *de lege lata* zwar keinen lückenlosen, aber doch einen sehr weit reichenden Schutz genießt, und zwar sowohl gegenüber Eingriffen als auch gegenüber Benachteiligungen. Zu erörtern bleibt vor diesem Hintergrund, welche möglichen Regelungsziele ein zusätzlicher verfassungsrechtlicher Benachteiligungsschutz verfolgen könnte. Im Einzelnen lassen die Begründungen der angestrebten Verfassungsänderung folgende Motive erkennen:

- Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers kann es vor allem sein, für den inhaltlich bereits bestehenden Schutz vor Benachteiligungen einen zusätzlichen Geltungsgrund zu schaffen, der unabhängig von (freilich auf absehbare Zeit eher theoretischen) Änderungen der europarechtlichen sowie einfachgesetzlichen Schutzbestimmungen Bestand hat und einfachen politischen Mehrheiten die Disposition über den Grad der Gleichbehandlung entzieht.<sup>28</sup>
- Ferner kann eine Ergänzung der Verfassung zusätzlichen Anpassungsdruck dort erzeugen, wo Differenzierungen im geltenden Recht fortbestehen. Dies ist namentlich hinsichtlich der gesetzlichen Differenzierungen zwischen Lebenspartnerschaft und Ehe im Familien-, Steuer- und Beamtenrecht der Fall. Die Begründungserwägung, dass eine ungleiche Behandlung unter dem Gesichtspunkt der sexuellen Identität „unter keinen Umständen“ gerechtfertigt sein könne und der einfache Gesetzgeber zum Abbau rechtlicher Benachteiligungen angehalten werden solle,<sup>29</sup> entspricht diesem Regelungsziel.<sup>30</sup> Insoweit ist zu erwarten, dass eine Grundgesetzänderung auch als Hebel zur Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe, etwa im Bereich der Fremdkindadoption oder des einkommensteuerrechtlichen Splittingtarifs, dienen soll.
- Wo Wertentscheidungen der Verfassung bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzes zum Tragen kommen können (etwa bei zivilrechtlichen Generalklauseln), kann die angestrebte Verfassungsänderung mittelbar Wirkung entfalten.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> So einvernehmlich die hier in Rede stehenden Begründungen der Gesetzesentwürfe, vgl. BT-Drs. 17/88, S. 1; BT-Drs. 17/254, S. 1; BT-Drs. 17/472, S. 1.

<sup>29</sup> BT-Drs. 17/88, S. 4.

<sup>30</sup> Deutlich vor allem der Abgeordnete *Volker Beck* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Plenarprotokoll der 20. Sitzung (17. Wahlperiode) v. 29. 1. 2010, S. 1794.

<sup>31</sup> So explizit auch BT-Drs. 17/88, S. 4.

- Schließlich kann eine verfassungsrechtliche Hervorhebung des Identitätsschutzes auf eine allgemeine Symbolwirkung zielen. Dies ist ebenfalls ein Anliegen der gegenwärtigen Initiative, die fortbestehende gesellschaftliche Benachteiligungen und Anfeindungen in der Begründung des Entwurfs anführt und sich zudem als „deutliche[s] Bekenntnis“ verstanden wissen will, „dass Gesichtspunkte der sexuellen Identität eine ungleiche Behandlung in unserer Gesellschaft unter keinen Umständen rechtfertigen können.“<sup>32</sup>

## 2. Folgenbewertung

Im Folgenden sollen die genannten Ziele des Entwurfs unter Berücksichtigung der potentiellen rechtlichen Folgen einer Bewertung unterzogen werden.

### a) Schutz vor gesellschaftlicher Ausgrenzung

Der Gesetzentwurf beruft sich maßgeblich auf gegenwärtig noch fortbestehende Ausgrenzungen von Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transgender, transsexuellen und intersexuellen Menschen, die „Anfeindungen, gewaltsamen Übergriffen und Benachteiligungen ausgesetzt“ seien.<sup>33</sup> Jedenfalls gegen ehrverletzende Anfeindungen und gewaltsame Übergriffe besteht freilich schon jetzt hinreichender Schutz durch die allgemeinen Strafgesetze, auf deren Anwendung die in Rede stehende Verfassungsänderung keinen erkennbaren Einfluss hätte. Zur Beseitigung sonstiger (sprich: unterhalb der Strafbarkeitsschwelle bleibender) gesellschaftlicher Benachteiligungen, die im Entwurf nicht anhand konkreter und typisierbarer Diskriminierungsrisiken substantiiert werden, leistet auch der Gesetzentwurf keinen wirksamen Beitrag. Denn an das Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist zum einen unmittelbar lediglich *der Staat* gebunden.<sup>34</sup> Zum anderen lassen sich gesellschaftliche Toleranzdefizite kaum durch verfassungsrechtliche Symbolik beeinflussen. Ein Abbau gesellschaftlicher Ausgrenzung lässt sich am ehesten noch durch Aufklärung und Erziehung zur Toleranz an staatlichen Schulen sowie durch einen angemessenen Umgang z. B. mit der Homosexualität in Politik bzw. Medien erreichen.

Zwar enthält die Aufnahme der sexuellen Identität in den Kanon der qualifizierten Benachteiligungsverbote eine verfassungsrechtliche Wertentscheidung, die bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Gesetzesrechts auch im Verhältnis zwischen Privaten Beachtung finden muss (so genannte mittelbare Drittwirkung bzw. Horizontalwirkung).<sup>35</sup> Insoweit geht aber der Schutz vor Benachteiligungen jedenfalls nicht weiter als der Diskriminierungsschutz nach §§ 1, 3 AGG, sodass gegenwärtig von der Verfassungsänderung kein materieller Ertrag zu erwarten ist. Ungeachtet dessen sprechen aber auch allgemeine verfassungspolitische Gründe dagegen, über eine Verfassungsänderung mittelbar Verhalten im Privatverkehrsverkehr zu erzwingen, das bestimmten, von den Antragstellern vorliegend offenbar für ethisch geboten erachteten, im Ergebnis aber politisch auch anders vertretbaren Wertmaß-

<sup>32</sup> BT-Drs. 17/88, S. 4.

<sup>33</sup> BT-Drs. 17/88, S. 1.

<sup>34</sup> Siehe nur *Werner Heun*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. (2004), Art. 3, Rn. 138; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.), GG, 10. Aufl. (2009), Art. 3, Rn. 115; *Lerke Osterloh*, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2009), Art. 3, Rn. 238 mit 75.

<sup>35</sup> Hierzu für Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG stellvertretend *Heun* (Fn. 34), Art. 3, Rn. 138; *Jarass* (Fn. 34), Rn. 133; parallel zu Art. 3 Abs. 2 GG *Heinz-Gerd Suelmann*, Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG, 1994, S. 114 ff., 127 f., 133 f.

täben entspricht. Praktisch werden hierdurch Vorurteile kaum abgebaut, sondern eher ausweichende Begründungsstrategien befördert. Gerade im Fall der sexuellen Identität ist zudem zu berücksichtigen, dass abweichendes Sexualverhalten vielfach auf tradierte religiöse oder ethische Vorbehalte stößt, was zu schwierigen Folgekonflikten führen kann, die ihrerseits nicht unbedingt zu einem toleranten Miteinander beitragen. Die zu erwartende Drittwirkung spricht daher im Ergebnis eher gegen als für eine Verfassungsänderung.

## b) **Privilegierung des punktuellen Identitätselements der Sexualität**

Die sexuelle Identität ist nur ein Teilaspekt menschlicher Identität. Die Identität eines Menschen bildet sich im Laufe seines Lebens und schließt verschiedenste psychische, physische und soziale Merkmale ein, die sowohl die Individualität als auch soziale Relationen betreffen können. Ein Mensch kann beispielsweise psychische, physiognomische, genetische, biografische, künstlerische, wissenschaftliche, berufliche oder familiäre Identitätsmerkmale haben. Der vom Gesetzentwurf angestrebte qualifizierte Schutz der sexuellen Identität würde diese aus dem Kreis sehr unterschiedlicher identitätsbildender Faktoren herausheben. Zwar können Identitätsmerkmale durchaus unterschiedliche Wertigkeiten und divergierende Schutzbedürfnisse aufweisen, weshalb auch nicht sämtliche Identitätsmerkmale Eingang in Art. 3 Abs. 3 GG gefunden haben. Umso mehr bedarf es jedoch einer besonderen Rechtfertigung, den vorhandenen Katalog um weitere Identitätsmerkmale zu ergänzen.

Der besondere Schutz der identitätsbildenden Merkmale in Art. 3 Abs. 3 GG gründet nicht nur auf spezifischen Benachteiligungsrisiken und historischen Erfahrungen, sondern vor allem auch auf der herausgehobenen Bedeutung der dort genannten Merkmale, da diese entweder unverfügbar bzw. durch eigenes Verhalten nicht beeinflussbar sind oder jedenfalls einen herausgehobenen sozialetischen Gehalt aufweisen. Auf die sexuelle Identität mag dies unter dem Gesichtspunkt der Unverfügbarkeit insoweit zutreffen, als es um ein inneres persönliches Merkmal geht. Typischerweise erlangt die sexuelle Identität indes überhaupt erst durch konkretes *Sexualverhalten* soziale Relevanz und wird dadurch zum Gegenstand potentieller staatlicher Differenzierung. Das bloße Sexualverhalten hat aber nicht das ethische Gewicht der bislang in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale, an die strikte Differenzierungsverbote anschließen. Es ist hinreichend durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht und den allgemeinen Gleichheitssatz geschützt. Der Gesetzentwurf kann vor diesem Hintergrund noch nicht einmal plausibel erklären, warum er beispielsweise das Alter aus dem qualifizierten Schutz des Art. 3 Abs. 3 GG ausklammert, obwohl dieses immerhin Gegenstand der Diskriminierungsverbote der EG-Gleichbehandlungsrichtlinie und des AGG ist. Für einen herausgehobenen Schutz des Sexuellen schlechthin, der das Sexualleben aus der Vielfalt anderer, ebenfalls wichtiger Identitätsmerkmale heraushebt und hierdurch gleichsam adelt, besteht letztlich weder ein Bedürfnis noch eine sachliche Rechtfertigung, und zwar gerade dann, wenn man mit den Gesetzentwürfen konstitutionellen Symbolwirkungen besondere Bedeutung beimisst.

Das besondere Schutzbedürfnis gerade der sexuellen Identität wird in den Anträgen vor allem mit Argument untermauert, bei den Homosexuellen handele es sich um die einzig verbliebene Personengruppe, die unter der NS-Herrschaft systematisch verfolgt worden sei, aber bislang keinen Eingang in Art. 3 Abs. 3 GG gefunden habe.<sup>36</sup> Dieses Argument hat

<sup>36</sup> Stellvertretend BT-Drs. 17/88, S. 4.

fraglos moralisches Gewicht. Ungeachtet dessen muss sich der *heutige* verfassungsändernde Gesetzgeber die Frage stellen, welche Funktion ein Verbot einer Benachteiligung wegen der sexuellen Identität *heute* und im aktuellen gesellschaftlichen Kontext erfüllen soll. Um die Verhinderung menschenverachtender Verfolgung wie unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft geht es ersichtlich auch den Initiatoren des in Rede stehenden Gesetzentwurfs nicht. Eine vergleichbare Verfolgung wegen der sexuellen Identität würde im Übrigen ohnehin die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verletzen, hinter der ein Diskriminierungsverbot im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG funktionslos bliebe. Auch die Wiedereinführung einer Strafbestimmung vergleichbar dem § 175 StGB a. F. ist nicht ernstlich zu befürchten, da die Unverhältnismäßigkeit einer solchen Sanktion auf der Grundlage der erreichten Grundrechtsdogmatik nicht ernsthaft in Frage steht. Letztlich verfolgen die Antragsteller daher mit dem Entwurf auch gänzlich andere Anliegen, nämlich verbliebene Ungleichbehandlungen in vergleichsweise technischen Fragen etwa des Familien-, Steuer-, Sozial- und Beamtenrechts zu beseitigen. Dies sind fraglos legitime politische Ziele, nur hat dies mit einem Schutz vor Verfolgung Homosexueller evident nichts zu tun, weshalb auch das historische Verfolgungsschicksal für die gegenwärtig in Rede stehende Verfassungsänderung letztlich keine Argumente liefert.

### c) Nachteile der verfassungsrechtlichen Regelungsebene

Zutreffend wird gerade von Befürwortern eines ausgebauten verfassungsrechtlichen Schutzes vor Benachteiligungen die zeitliche und soziale Kontextabhängigkeit von Diskriminierungen hervorgehoben.<sup>37</sup> Benachteiligungen entstehen situationsbezogen und unter gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die in der Zeit kontingent sind, unterliegen also einem fortwährenden Wandel. Erforderlich ist daher zunächst eine (in der Entwurfsbegründung bereits fehlende) präzise Analyse der tatsächlichen Erscheinungsformen konkreter Benachteiligungen und der spezifischen Gefährdungslagen. Effektiver Betroffenenenschutz setzt folglich – hierauf aufbauend – vor allem punktuell und instrumentell zielgenau bei konkreten praktischen Problemkonstellationen an, in denen ungerechtfertigte Benachteiligung auftreten.<sup>38</sup>

Instrumentelle Reaktionen auf gesellschaftliche Probleme, die zeitabhängig fluktuieren und in besondere Weise von sich wandelnden gesellschaftlichen Wertvorstellungen abhängen, sollten aber ganz allgemein nur mit großer Zurückhaltung auf Verfassungsebene geregelt werden. Es gibt vielfältige unerwünschte Benachteiligungen. Nicht alle lassen sich durch verfassungsrechtliche Differenzierungsverbote sachgerecht eindämmen, gerade weil es oftmals um lediglich punktuelle und „technische“ Fragen situationsbezogenen Diskriminierungsschutzes geht.<sup>39</sup> Geeigneter Regelungsstandort ist in diesen Fällen gegebenenfalls das

<sup>37</sup> Ute Sacksofsky, Gleichheit in der neuen Vielfalt: Neuer Streit um Gleichberechtigung, KJ 2009, Beiheft 1, S. 147 (153).

<sup>38</sup> So sind etwa gegenwärtig in Deutschland die Risiken einer Benachteiligung von Muslimen andere als die von Christen (vgl. Sacksofsky [Fn. 37], S. 153). Nicht jede Benachteiligung aufgrund religiös motivierten Verhaltens ist wiederum zwangsläufig zu missbilligen, was vom jeweiligen sozialen Kontext und namentlich möglichen Rechtsgutsbeeinträchtigungen abhängt, die von Konfession zu Konfession sehr unterschiedlich sein können. Nachteile im Erwerbsleben stellen sich für Mütter gänzlich anders dar als für kinderlose Frauen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Altersdiskriminierung ist die Reintegration älterer Arbeitsloser in den Arbeitsmarkt ein gänzlich anderes Problem als Höchstalters- und Ruhestandsregelungen im Beamtenrecht.

<sup>39</sup> Etwa die ubiquitäre Benachteiligung von Eltern minderjähriger Kinder gegenüber Kinderlosen im Erwerbsleben, nicht zuletzt aufgrund zeitgeistanfälligen Flexibilitäts- und Mobilitätsanforderungen, ist ein flächendeckendes gesell-



einfache Gesetzesrecht, das durch seine Spezifität schon bisher erhebliche Erfolge beim Abbau von Benachteiligungen zeitigen konnte, während die Bedeutung des Art. 3 Abs. 3 GG nicht zuletzt aufgrund seiner Abstraktheit in der Rechtsanwendung gering geblieben ist. Benachteiligungen wegen der sexuellen Identität dürften – es besteht hier durchaus Anlass zu berechtigtem Optimismus – aufgrund eines gewandelten *gesellschaftlichen* Klimas in ihrer Bedeutung als gesellschaftliches Problem absehbar weiter abnehmen, während künftig andere – derzeit nicht aktuelle – Benachteiligungen neue Herausforderungen an das Recht herantragen können. Man kann indes nicht zur Bekämpfung jeder zeitabhängigen Benachteiligung einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe in spezifischen Situationen jeweils erneut die Verfassung anpassen. Die von den Entwürfen angeführte (in der Tat bedauerlich späte) Aufnahme der Behinderung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG beruht auf einem strukturellen Benachteiligungsproblem, das schon aufgrund der Schwere des mit einer Behinderung oftmals verbundenen Schicksals mit der hier in Rede stehenden sexuellen Identität in keinerlei Hinsicht vergleichbar ist.

Benachteiligungen aus Gründen der sexuellen Identität *durch den Staat* treten allenfalls punktuell in spezifischen Situationen (etwa bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst) auf. Der einfache Gesetzgeber hat hierauf – wie gezeigt – schon jetzt sachgerechte Antworten gefunden, die im Bedarfsfall zu ergänzen sind. Um ein strukturelles Benachteiligungsproblem, das nach spezifisch verfassungsrechtlichen Antworten verlangt, geht es also nicht. Zwar wird in punktuellen Regelungsbereichen weiterhin zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft differenziert. Verfassungsrechtlich geht es hierbei aber jedenfalls nicht um finale Benachteiligungen, die sich gegen eine bestimmte sexuelle Identität richten, sondern um besondere Schutzbedürfnisse von Ehe und Familie, die verfassungsrechtlich durch Art. 6 Abs. 1 GG sanktioniert sind. Wenn es den Initiatoren letztlich vornehmlich um die Anpassung punktueller – für die persönliche Lebensgestaltung und die Stabilisierung dauerhafter Paarbeziehungen fraglos wichtiger – Regelungen im Familien-, Steuer- und Beamtenrecht geht, wären unmittelbar hierauf gerichtete Gesetzesentwürfe der angemessene Weg, schon weil sich dann die jeweiligen und vergleichsweise „technischen“ Probleme bereicherspezifisch diskutieren lassen. Politisch gleichermaßen diskutabel und verfassungsrechtlich durch Art. 6 Abs. 1 GG qualifiziert zu gewichtende Bedürfnisse nach verbleibenden Differenzierungen<sup>40</sup> könnten dann ebenfalls problemsensibel anhand des jeweiligen Regelungszusammenhanges<sup>41</sup> diskutiert werden, ohne politische Gestaltungsentscheidungen durch ein absolut formuliertes verfassungsrechtliches Benachteiligungsverbot zu überfrachten. Insgesamt sprechen daher die besseren Gründe dafür, auf ein abstraktes verfassungsrechtliches Benachteiligungsverbot zu verzichten und etwaigen Bedürfnissen nach Gleichstellung, sofern sie mehrheitsfähig sind, auf einfach-gesetzlicher Regelungsebene Rechnung zu tragen.

#### **d) Legitime Interessen an einer differenzierten Ausgestaltung des Rechts**

Es kann weiterhin legitime politische Interessen geben, in bestimmten Regelungsbereichen an bestehenden rechtlichen Differenzierungen festzuhalten, auch wenn diese mittelbar an die

---

schaftliches Problem. Ungeachtet dessen ist bislang (mit Recht) niemand der Idee verfallen, man könne dieses durch eine Verfassungsänderung eindämmen.

<sup>40</sup> Siehe zu deren Legitimität nur BVerfG, JZ 2010, S. 37 (39).

<sup>41</sup> Etwa die Frage der Fremdkindadoption wird andere Argumente und Erwägungen zur berücksichtigen haben als die Ausweitung des Ehegattensplittings auf Lebenspartnerschaften oder die Einbeziehung in die Beamtenversorgung.

sexuelle Identität anknüpfen. Die vom Gesetzentwurf angestrebte Verfassungsänderung würde es dem Parlament künftig erheblich erschweren, differenzierte Regelungen zu treffen oder aufrecht zu erhalten, was ja gerade der Intention des Entwurfes entspricht. Für hinreichende gesetzliche Differenzierungsmöglichkeiten – ob man diese auch ausschöpfen will, ist eine andere (politische) Frage – sprechen jedoch gewichtige Gründe.

Ein Beispiel wäre etwa die Frage der Fremdkindadoption durch gleichgeschlechtliche Lebenspartner. Für eine Verweigerung des Adoptionsrechts können hier legitime Gründe des Kindeswohls angeführt werden, auch wenn hierdurch Menschen benachteiligt werden, deren gut nachvollziehbarer Kinderwunsch aufgrund ihrer sexuellen Identität anders als durch Adoption aus praktischen Gründen nicht sinnvoll erfüllbar ist. Zwar schlosse auch ein Benachteiligungsverbot wegen der sexuellen Identität eine Versagung des Adoptionsrechts nicht von vornherein aus, da Einschränkungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ausnahmsweise und unter strikter Wahrung der Verhältnismäßigkeit aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts möglich sind.<sup>42</sup> Insoweit käme dann vor allem der Persönlichkeitsschutz der Kinder zum Tragen. Die avisierte Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG würde jedoch zu einer signifikanten Verschiebung der Darlegungslast führen. Bislang vermögen sachliche Gründe von hinreichendem Gewicht, zu denen der vorsorgende Schutz des Kindeswohls unproblematisch zu rechnen ist, eine Differenzierung zu rechtfertigen. Künftig müsste der Gesetzgeber konkrete Gefährdungen darlegen und ggf. durch Expertise nachweisen, um eine Differenzierung durch kollidierendes Verfassungsrecht zu rechtfertigen.

Ein weiterer legitimer Grund für die Aufrechterhaltung von Differenzierungsmöglichkeiten kann darin bestehen, einer schleichenden Erosion des fortbestehenden besonderen Schutzes von Ehe und Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG entgegenzuwirken.<sup>43</sup> Art. 6 Abs. 1 GG bringt eine spezifische und zu erhaltende Wertentscheidung der Verfassung zum Ausdruck, die sich in rechtlichen Privilegierungen niederschlägt, ohne zugleich andere Formen des Zusammenlebens durch das Vorenthalten solcher Vorzüge zu diskreditieren. Gemessen an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedarf es schon jetzt sachlicher Differenzierungsgründe, die über einen Verweis auf den Bestand einer Ehe hinausgehen. Tritt nunmehr ein absolutes Benachteiligungsverbot wegen der sexuellen Identität hinzu, ist zu erwarten, dass verbliebene Differenzierungsmöglichkeiten weitgehend blockiert würden und der Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 1 GG jedenfalls in seinem Bezug zur Ehe als Kollateralschaden faktisch bis auf ein nur noch symbolisches Rudiment abschmilzt. Soweit durch den Entwurf letztlich eine Öffnung des (bislang auf verschiedengeschlechtliche Paare beschränkten<sup>44</sup>) besonderen Schutzes der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare angestrebt wird, müsste schon aus verfassungssystematischen Gründen auch Art. 6 Abs. 1 GG in die Verfassungsänderung einbezogen, das Gesamtvorhaben aber dann auch unter diesen Vorzeichen diskutiert werden.

<sup>42</sup> Vgl. BVerfGE 114, 357 (364); *Jarass* (Fn. 34), Art. 3, Rn. 135; *Osterloh* (Fn. 34), Rn. 254.

<sup>43</sup> Hierfür etwa *Franzen* (Fn. 10), S. 403. Dass solche Bedenken nicht aus der Luft gegriffen sind, zeigt sich daran, dass die Einführung eines verfassungsrechtlichen Schutzes der sexuellen Identität verfassungsdogmatisch durchaus als Mittel gesehen wird, von der Rechtsprechung bislang gebilligte Ungleichbehandlungen von Ehe und Lebenspartnerschaft zu beseitigen, so konsequent *Sacksofsky* (Fn. 37), S. 154.

<sup>44</sup> Vgl. nur BVerfGE 105, 313 (345 f.).

**e) Mangelnde Beherrschbarkeit mittelbarer Benachteiligungen**

Ein verfassungsrechtliches Benachteiligungsverbot würde unmittelbare Wirksamkeit auch auf der Rechtsanwendungsebene (Verwaltung, Justiz) entfalten (Art. 1 Abs. 3 GG). Dies wäre weitgehend unproblematisch, wenn es allein um *unmittelbare* Benachteiligungen ginge, bei denen an eine bestimmte sexuelle Identität nachteilige Rechtsfolgen geknüpft werden<sup>45</sup>. Hierum wird es jedoch – von Ausnahmefällen abgesehen – nicht gehen. Im Mittelpunkt stehen regelmäßig *mittelbare* Benachteiligungen, die Art. 3 Abs. 3 GG nach überwiegender Auffassung ebenfalls erfasst.<sup>46</sup> Diese zeichnen sich dadurch aus, dass dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen ihrer sexuellen Identität gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen (vgl. § 3 Abs. 2 AGG). Wann eine solche mittelbare Beeinträchtigung vorliegt und wann sie durch objektive sowie angemessene Sachgründe gegebenenfalls gerechtfertigt werden kann, ist im Wesentlichen eine Wertungsfrage. Die avisierte Grundgesetzänderung würde dazu führen, dass jedes befassete Gericht, sofern die Frage entscheidungserheblich ist, selbst eine entsprechende Wertung vornehmen müsste, und zwar aufgrund der verfassungsrechtlichen Verstärkung gegebenenfalls auch gegen die Wertungen des Gesetzgebers.<sup>47</sup> Dies kann letztlich dazu führen, dass das Benachteiligungsverbot eine vom Gesetzgeber kaum mehr zu beherrschenden Eigendynamik entfaltet, was ebenfalls gegen den Gesetzentwurf spricht.

**f) Begriffliche Unschärfe**

Fraglich ist weiterhin, ob im Falle einer Änderung des Grundgesetzes mit hinreichender Bestimmtheit feststeht, was der Begriff der sexuellen Identität einschließt und was unzulässige Benachteiligungen sind.

**aa) Der Begriff der sexuellen Identität**

Allgemein wird zutreffend konstatiert, dass es sich bei der sexuellen Identität um einen vagen Begriff handelt, bei dem nicht klar sei, was er eigentlich meine.<sup>48</sup> Auch was konkret unter dem Begriff der sexuellen Identität im Sinne der angestrebten Verfassungsänderung zu verstehen sein soll, wird in den Entwurfsbegründungen nicht näher erörtert. Ersichtlich wird ein hinreichendes Begriffsverständnis vorausgesetzt und insoweit an bereits einfachgesetzlich eingeführte, ihrerseits aber mit Deutungsunsicherheiten behaftete Begriffe angeknüpft. Ob ergänzend unionsrechtliche Vorgaben zur Aufhellung des Begriffsverständnisses herangezogen werden können, erscheint zumindest fraglich, da dort der (nicht zwangsläufig inhaltsgleiche) Begriff der „sexuellen Ausrichtung“ verwandt wird,<sup>49</sup> der seinerseits immer noch zahlreiche Unklarheiten enthält. Die Entwurfsbegründung beschränkt sich darauf, Beispiele für Personengruppen anzuführen, denen der Schutz der Bestimmung dienen soll: Les-

<sup>45</sup> Vgl. hierzu *Uwe Kischel*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), GG, 2009, Art. 3, Rn. 191.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 97, 35 (43 f.); BVerwGE 117, 219 (227 f.); BVerfG-K, NJW 2004, S. 50; *Jarass* (Fn. 34), Rn. 119; *Osterloh* (Fn. 34), Art. 3, Rn. 255 ff.

<sup>47</sup> Namentlich besteht die Gefahr einer verfassungskonformen Auslegung, die zwar grundsätzlich geboten ist, nicht selten aber gesetzliche Wertungen judikativ überspielt oder sogar in ihr Gegenteil verkehrt und insoweit die Sperrwirkung des Art. 100 Abs. 1 GG aushebelt. Mit Recht kritisch hierzu *Christian Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, Stand: 2009, Art. 97, Rn. 72 f.

<sup>48</sup> *Hohmann-Dennhardt* (Fn. 12), S. 126; in der Sache ebenso *Thüsing* (Fn. 23), Rn. 214.

<sup>49</sup> Mit Recht kritisch im Hinblick auf die Diskrepanz von AGG und Richtlinie *Thüsing* (Fn. 23), Rn. 215.

ben, Schwule, Transgender, transsexuelle und intersexuelle Menschen. Bereits die Einbeziehung Transsexueller in den geschützten Personenkreis erscheint keineswegs selbstverständlich, da die Transsexualität als Frage der Geschlechtsidentität angesehen wird, die von der sexuellen Identität zu unterscheiden sei,<sup>50</sup> nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>51</sup> aber bereits durch das Geschlecht geschützt wird. Da der Gesetzentwurf auf eine Gleichbehandlung ohne Ansehung der sexuellen Identität gerichtet ist, aber ersichtlich nicht atypische sexuelle Ausrichtungen privilegieren will, werden auch Heterosexuelle in den Schutz einbezogen müssen, die sich zwar in der Regel keiner spezifischen Diskriminierungsgefahr ausgesetzt sehen, aber fraglos ebenfalls eine sexuelle Identität haben.<sup>52</sup> Welche sexuellen Veranlagungen oder Verhaltensweisen darüber hinaus als Bestandteil der sexuellen Identität zu qualifizieren sind, wird derzeit nicht deutlich. Die angeführten Regelbeispiele sind weder mit Anspruch auf Ausschließlichkeit formuliert noch als Bestandteil der bloßen Gesetzesbegründung unmittelbar verbindlich. Sie schließen daher eine Einbeziehung weiterer Gruppen qua Interpretation nicht aus.

Klärungsbedürftig bleibt ferner, ob die sexuelle Identität nur als unverfügbares persönliches Merkmal geschützt wird (abstrakte Präferenz bzw. „Haben“) oder ob zugleich auch sexuelle Verhaltensweisen geschützt sind, die an die sexuelle Identität anknüpfen. Im Rahmen des § 1 AGG ist diese Frage bis heute umstritten geblieben.<sup>53</sup> Ein reiner Persönlichkeitsschutz wäre unproblematisch, da er lediglich an „innere“ Merkmale anknüpft, auf die der Staat ohnehin grundsätzlich keinen legitimen Zugriff hat, würde aber auch in der Sache keine Weiterungen gegenüber dem schon jetzt geltenden Verfassungsrecht bedeuten. Entscheidend für die tatsächliche Wirkung der Verfassungsänderung ist es daher, dass die sexuelle Identität darüber hinaus auch sexuelles Verhalten schützt und insoweit die Möglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt, auf soziale Konflikte durch differenzierende Gesetzgebung zu reagieren. Die angestrebte Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG soll sich ihrem Regelungsziel nach ersichtlich nicht auf ein Benachteiligungsverbot wegen des Habens einer bestimmten sexuellen Identität beschränken. Vielmehr soll auch das daran anknüpfende sexuelle Verhalten keinen verfassungskonformen Ansatzpunkt für Benachteiligungen mehr bieten. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Anträge explizit den Erlass von Strafvorschriften nach dem Muster des § 175 StGB a. F. verfassungsrechtlich ausschließen wollen.<sup>54</sup> Lediglich abstrakte homosexuelle Präferenzen erfüllten aber zu keiner Zeit einen Straftatbestand. Strafbar waren stets nur entsprechende sexuelle Handlungen.

Im Ergebnis würde die Verfassungsänderung also voraussichtlich zu einem weiten, nämlich verhaltensbezogenen Schutz der sexuellen Identität bei einem zugleich eher im Vagen bleibenden Schutzbereich führen.

<sup>50</sup> *Thüsing* (Fn. 23), Rn. 215, der insoweit mit Recht bereits die mangelnde Kohärenz der parallelen Gesetzesbegründung zum AGG kritisiert.

<sup>51</sup> EuGH, Urt. v. 30. 4. 1996 – C-13/94 (P/S), Slg. 1996, I-2143, Rn. 20 ff.

<sup>52</sup> So zum AGG im Ergebnis auch *Thüsing* (Fn. 23), Rn. 215.

<sup>53</sup> Einen Verhaltensschutz ablehnend etwa *Ulrich Preis*, Diskriminierungsschutz zwischen EuGH und AGG, ZESAR 2007, S. 249 (310); *Thüsing* (Fn. 23), Rn. 216; bejahend demgegenüber *Rohloff* (Fn. 21), § 1 AGG, Rn. 9.

<sup>54</sup> BT-Drs. 17/88, S. 4.

## bb) Risiken eines Ausfransens durch künftige Interpretation

Die Unsicherheiten über die Reichweite des Identitätsschutzes belasten den hier in Rede stehenden Gesetzentwurf. Denn der an sich konsequente Schutz auch des identitätsgeprägten sexuellen Verhaltens verschafft zwar einerseits einer Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG überhaupt erst soziale Relevanz. Er ist aber andererseits umso mehr auf eine begriffliche Eingrenzung der sexuellen Identität angewiesen, um nicht beliebiges Sexualverhalten mit verfassungsrechtlich qualifiziertem Schutz zu versehen.

Der hier in Rede stehende Gesetzentwurf dürfte zwar von einem engeren Begriff der sexuellen Identität ausgehen, der sich im Wesentlichen auf die ausdrücklich genannten Gruppen beschränken, aber nicht etwa zu einem Schutz z. B. von Sodomie, Sadomasochismus oder Pädophilie führen soll.<sup>55</sup> Der Verzicht auf eine operable Definition der sexuellen Identität überantwortet die Frage, welche sexuellen Merkmale identitätsprägend im Sinne eines künftigen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG sind, letztlich den Interpreten, sprich: der Rechtsanwendung. Ob eine künftige Auslegung und Anwendung den Schutz auf die beispielhaft in der Entwurfsbegründung benannten Fallgruppen beschränkt, erscheint daher jedenfalls nicht von vornherein gesichert. Hierbei soll der Begriff der sexuellen Identität, wie ihn die Anträge und ggf. eine verfassungsändernde Mehrheit des Deutschen Bundestag verstehen, nicht mit einem Inhalt belegt werden, der ihn – so wird durchaus zutreffend eingewandt – zu Unrecht diskreditieren würde.<sup>56</sup> Vielmehr geht es darum, potentielle Gefährdungen, die ungewollt durch fortgesetzte Interpretation der Verfassung entstehen könnten, zumindest auszuloten, bevor man eine Verfassungsänderung beschließt. Bereits die Unsicherheiten bei der Auslegung bestehender Bestimmungen zum Schutze der sexuellen Identität sollten jedenfalls Anlass zur Vorsicht sein.

Die wohl vorherrschende – obschon nicht unangefochtene<sup>57</sup> – Auslegung entsprechender Bestimmungen im Landesverfassungsrecht ging davon aus, dass sich etwa Pädophile nicht auf den verfassungsrechtlichen Schutz der sexuellen Identität berufen könnten.<sup>58</sup> Allerdings wurde der Schutz der sexuellen Orientierung teils weit verstanden. So werden zwar einhellig Maßnahmen etwa zum Schutz von Kindern gegen sexuelle Übergriffe für zulässig erachtet. Dieses Ergebnis wird aber damit begründet, dass der Gesetzgeber Einschränkungen des Diskriminierungsverbotes zum Schutze kollidierender Verfassungsgüter vornehmen dürfe.<sup>59</sup> Dies bedeutet aber, dass offenbar zunächst der Schutzbereich der sexuellen Identität auch in Fällen z. B. von Pädophilie jedenfalls als eröffnet angesehen wird.<sup>60</sup>

Bestimmt man den Inhalt sexueller Identität über ihre persönliche Unverfügbarkeit für den Betroffenen, dann ist es in der Tat nicht auszuschließen, gerade auch etwa eine pädosexuelle Veranlagung als sexuelles Identitätsmerkmal zu deuten. Auch ein pathologischer Zustand kann identitätsprägend sein. Insoweit wird durchaus die Auffassung vertreten, § 1 AGG

<sup>55</sup> Ausdrücklich klar stellt dies freilich lediglich der Entwurf der Fraktion DIE LINKE, vgl. BT-Drs. 17/472, S. 4.

<sup>56</sup> So der Einwand in BT-Drs. 17/472, S. 4.

<sup>57</sup> *Gerhard Deter*, Frauenrechte in den Verfassungsentwürfen der neuen Länder, ZRP 1993, S. 22 (27); ähnlich *Klaus Vogelsang*, Die Verfassungsentwicklung in den neuen Bundesländern, DÖV 1991, S. 1045 (1049).

<sup>58</sup> Stellvertretend *D. Franke/R. Kneifel-Haverkamp*, Die brandenburgische Landesverfassung, JöR 42 (1994), S. 111 (147); *Jörg Menzel*, Landesverfassungsrecht, 2002, S. 484.

<sup>59</sup> *Siegfried Jutzi*, in: Joachim Linck/ders./Jörg Hopfe (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 1994, Art. 2, Rn. 54, 56; letztlich ebenso, ohne freilich klar zwischen immanenten Schutzbereichsbegrenzungen und Schranken zu differenzieren, *Menzel* (Fn. 58), S. 484.

<sup>60</sup> Mit Recht kritisch *Peter M. Huber*, Die neue Verfassung des Freistaats Thüringen, LKV 1994, S. 121 (124).

schütze auch davor, allein wegen der Eigenschaft als Pädophiler benachteiligt zu werden.<sup>61</sup> Freilich korrespondiert dieser sehr weite Diskriminierungsschutz mit der Annahme, bestimmtes sexuelles *Verhalten* sei vom Schutz der sexuellen Identität nach § 1 AGG von vornherein nicht erfasst.<sup>62</sup> Da der vorliegende Gesetzentwurf jedoch auch – wie wohl überwiegend das Schrifttum zu § 1 AGG<sup>63</sup> – das an eine bestimmte sexuelle Identität anknüpfende Verhalten schützen will, lässt sich schon in Anbetracht der Wortlautidentität nicht von vornherein ausschließen, dass sich eine entsprechende weite Auslegung auch hier Bahn bricht.<sup>64</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es durchaus ernstzunehmende Bestrebungen gab und noch gibt, vermeintlich gewaltfreien sexuellen Umgang mit Kindern als Ausdruck sexueller Identität zu begreifen und insoweit auf eine Liberalisierung des Strafrechts hinzuwirken.<sup>65</sup> Was gesellschaftlich anerkannte sexuelle Identität und was pathologisches oder strafwürdiges Verhalten ist, ist nicht statisch fixiert, sondern hängt von sozialen und rechtlichen Normen ab, die sich – wie in den Gesetzentwürfen zutreffend herausgestrichen wird – gerade in Fragen der Sexualmoral in stetigem Fluss befinden. Dass auch die rechtliche Interpretation einer Verfassungsnorm in diesen Sog gerät, lässt sich jedenfalls nicht von vornherein ausschließen. Insoweit könnte die angestrebte Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG dazu missbraucht werden, bislang bestehende Tabus einzuebnen.

Überzeugend wären solche erweiternden Auslegungen eines künftigen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zwar im Ergebnis nicht, da die Regelungszintention des Gesetzgebers jedenfalls zur teleologisch restriktiven Auslegung des Begriffs der sexuellen Identität anhält. Der verfassungsändernde Gesetzgeber sollte sich jedoch des verbleibenden Risikos abweichender Interpretation bewusst sein. Gerade die Pluralität der gerichtlichen Verfassungsinterpreten sollte hierbei einkalkuliert werden, zumal die Gerichte zu einer ‚objektiven‘ und bisweilen auf dynamische Fortentwicklung angelegten Auslegung der Verfassung tendieren, die den subjektiven Regelungsmotiven des Gesetzgebers einen ebenfalls nachrangigen Stellenwert einräumt.<sup>66</sup> Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen geschützter Identität und missbilligter Kriminalität oder Pathologie werden der geänderten Verfassung in jedem Fall anhaften. Insgesamt sprechen die verbleibenden Unsicherheiten aufgrund der schwer abzusehenden Fernwirkungen daher gegen die beantragte Verfassungsänderung.

---

<sup>61</sup> Preis (Fn. 53), S. 310; ähnlich Thüsing (Fn. 23), Rn. 214. Anders Rohloff (Fn. 21), § 1 AGG, Rn. 9, der eine „krankhafte, mit der Würde des Menschen nicht in Einklang stehende sexuelle Ausrichtung“ als nicht geschützt erachtet.

<sup>62</sup> Preis (Fn. 53), S. 310.

<sup>63</sup> Statt vieler Rohloff (Fn. 21), § 1 AGG, Rn. 9.

<sup>64</sup> Auf das Risiko weist auch Vogelsang (Fn. 57), S. 1049, in Bezug auf entsprechende Bestimmungen des Landesverfassungsrechts hin.

<sup>65</sup> Vgl. zur jüngsten Diskussion, die anlässlich des vorliegenden Gesetzentwurfs aufgekommen ist, den kritischen Bericht von Antje Schmelcher, *Ist jede Liebe Liebe? Unter dem Banner der „sexuellen Identität“ treiben Pädophile politische Lobbyarbeit und knüpfen Netzwerke*, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 21. 3. 2010, S. 4; ferner Reinhard Bingener, *Die Lust am Kind*, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 29. 3. 2010, S. 8.

<sup>66</sup> Eingehende Kritik etwa bei Christian Hillgruber, *„Neue Methodik“ – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland*, JZ 2008, S. 745 ff.; Bernd Rütters, *Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl?*, ZRP 2008, S. 48 ff.

#### **IV. Resümee**

Resümierend ergibt sich daher Folgendes: Das geltende Recht schützt auf verschiedenen Regelungsebenen und mit unterschiedlichen Ansatzpunkten schon jetzt Aspekte der sexuellen Identität. Vor diesem Hintergrund wäre der materiell-rechtliche Zugewinn der avisierten Verfassungsänderung eher gering. Das Vorhaben ist zur Eindämmung gesellschaftlicher Ausgrenzung ungeeignet. Vor allem aber birgt das Vorhaben einer Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur begrenzt beherrschbare Risiken von Fehlentwicklungen. Legitime Interessen insbesondere von Homosexuellen, konkrete Benachteiligungen abzutragen, sollten daher auf einfachgesetzlicher Regelungsebene zielgenau weiterverfolgt und im jeweils konkreten Regelungskontext politisch diskutiert werden.

*Vor diesem Hintergrund wird empfohlen, den Gesetzentwurf abzulehnen.*

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)